

ERROR DE DERECHO POR FALSO JUICIO DE LEGALIDAD: EXCLUSIÓN DE EVIDENCIAS ILÍCITAS E ILEGALES

Concepto de evidencia

En primer lugar se debe señalar que en el sistema procesal penal acusatorio, que nació con el Acto Legislativo 03 de 2002¹⁷, a los elementos obtenidos por el primer respondiente: las Fuerzas Militares, la Policía de Vigilancia y la Policía Judicial (relacionados con la investigación), no se les puede denominar *pruebas* como se hacía en el anterior sistema procesal inquisitivo, sino que se deben denominar *evidencias*. Esto obedece a que actualmente rige el principio del juicio oral, público, contradictorio, con inmediación de las pruebas y con todas las garantías¹⁸, en lugar del principio de permanencia de la prueba.

Es preciso aclarar que en virtud del principio de permanencia de la prueba, todos los elementos que obtenía el primer respondiente: las Fuerzas Militares, la Policía de Vigilancia y la Policía Judicial, se denominaban *pruebas*, sin que estas tuvieran que cumplir con ningún requisito especial para el efecto.

.....
17 Acto Legislativo 03 de 2002, *op. cit.*

18 Acto Legislativo 03 de 2002, artículo 2: "El artículo 250 de la Constitución Política quedará así: Artículo 250. [...] En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación deberá: [...] 4. Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías".

Por el contrario, en el actual sistema, estas evidencias obtenidas por las respondientes antes mencionadas deben cumplir con unas estrictas reglas en su producción: legalización en la audiencia de control de garantías o en la audiencia preparatoria, cuando esto no se hiciere en la audiencia preliminar; descubrimiento a partir de la formulación de la acusación; admisibilidad en la audiencia preparatoria; y contradicción, certificación y autenticación en la audiencia del juicio oral y público, para que adquieran el carácter de pruebas.

Por esa razón, a partir del Acto Legislativo 03 de 2002, a las evidencias que hubiesen sido obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales se les va a denominar *evidencias ilícitas*, no *pruebas ilícitas*; y las que en su formación, independientemente de su obtención, desconozcan las ritualidades legales, se les denominará *evidencias ilegales*, no *pruebas ilegales*.

Una vez las evidencias cumplen con todos los requisitos de licitud frente a su obtención, de legalidad frente a su formación: reglas de producción, adquieren el carácter de medios de conocimiento,¹⁹ y en tales condiciones el juez de conocimiento las puede valorar: reglas de apreciación,²⁰ a fin de proferir la respectiva decisión.²¹

Exclusión de evidencias en sede de casación penal

Hecha la anterior explicación, a partir de este momento, independientemente de que la discusión verse sobre la obtención de la evidencia o de su formación, simplemente se dirá que las evidencias que desconozcan las reglas de producción por ilicitud o por ilegalidad deben ser excluidas de la actuación penal.

La exclusión es el camino a seguir, no el de las nulidades, pues estas están reservadas para las actuaciones procesales, y no para las pruebas. Tal situación

19 Ley 906 de 2004, artículo 382, *medios de conocimiento*: "Son medios de conocimiento la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los elementos materiales probatorios, evidencia física, o cualquier otro medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento jurídico".

20 Ley 906 de 2004, artículo 380, *criterios de valoración*: "Los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física se apreciarán en conjunto. Los criterios para apreciar cada uno de ellos serán señalados en el respectivo capítulo".

21 Ley 906 de 2004, artículo 381, *conocimiento para condenar*: "Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio. La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia".

•Error de derecho por falso juicio de legalidad: exclusión de evidencias ilícitas e ilegales.

se aclara con la lectura del artículo 217 de la Ley 600 de 2000, referente a las decisiones que se deben adoptar en sede de casación:

1. Si la causal aceptada fuere la primera, la segunda o la de nulidad, cuando ésta afecte exclusivamente la sentencia demandada, casará el fallo y dictará el que deba reemplazarlo.
2. Si la causal aceptada fuere la tercera, salvo la situación a que se refiere el numeral anterior, declarará en qué estado queda el proceso y dispondrá que se envíe al funcionario competente para que proceda de acuerdo a lo resuelto por la Corte.

De acuerdo con lo anterior, la única nulidad que se debe declarar en sede de casación es la que tiene que ver con la actuación procesal, no con las pruebas, pues sobre estas está claro que al realizarse el ataque por vía de la violación indirecta, la Corte debe casar y dictar fallo de reemplazo.

En tales condiciones, frente a los errores de derecho en los que incurre el juez al apreciar las evidencias que no han cumplido con las reglas de producción para ser consideradas como pruebas, ora por ilicitud, ora por ilegalidad, la vía expedita para tal censura en sede de casación penal no es la de la nulidad, sino la de la violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho, en modalidad de falso juicio de legalidad.

Sobre la exclusión de las pruebas que no han cumplido con los requisitos legales exigidos para el efecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en diferentes pronunciamientos, aun anteriores a la entrada en vigencia del actual Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), señaló que los errores que se presentan en la producción de la prueba son de derecho, y su ataque se debe hacer por la vía de la violación indirecta de la ley sustancial como errores de derecho, por falso juicio de legalidad, y su consecuencia debe ser la exclusión. Al respecto ha señalado:

En efecto, el cargo a que hacen referencia por concretarse a la consideración de pruebas ilegalmente producidas, ha debido ser propuesto al amparo de la violación indirecta de la ley sustancial y orientado a la demostración de la existencia de errores de derecho en la apreciación de las pruebas, y no como allí se hace, dentro de la causal de nulidad. [...]

Lo anterior, porque la ilegalidad de la prueba por desconocimiento de sus propios ritos de formación, una vez admitida, encuentra como sanción procesal, no tenerla en cuenta en el momento de la apreciación. Luego, el vicio que tal situación comporta, radica en estricto, en el sentenciador cuando toma en cuenta un medio o errores *in*

iudicando, por oposición al vicio de actividad o error *in procedendo*, fundamento de la nulidad, como antes se expuso. [...]

Y si esto es así, constituye violación indirecta a la ley sustancial por error de derecho en la apreciación de las pruebas y así debe ser propuesto. Entre otras razones para que, como consecuencia del recurso, pueda la Corte dictar el fallo de reemplazo, prescindiendo de apreciar los medios ilegalmente producidos y tenidos en cuenta en la sentencia acusada. Esta ha sido, precisamente, la postura sostenida por la Sala respecto al punto.²²

En otra decisión precisó:

Como lo ha reiterado la jurisprudencia de la Corte, cuando el medio probatorio allegado al diligenciamiento no reúne los requisitos que condicionan su validez para ser estimado por el fallador, el ataque debe postularse por los linderos del error de derecho por falso juicio de legalidad y no de hecho por falso juicio de existencia, como erradamente lo formula la casacionista.

En efecto, el error de hecho, por falso juicio de existencia por suposición del medio de prueba, hace referencia a que éste no obra materialmente en el proceso y el juzgador lo imagina; mientras que *en el error de derecho por falso juicio de legalidad, el elemento de convicción existe físicamente en la actuación pero no jurídicamente, pues fue allegado sin la observancia de las prescripciones legales que condicionan su validez, no obstante lo cual el juzgador lo aprecia.*²³ [cursivas agregadas]

Asimismo, en otra decisión manifestó:

*El error de derecho por falso juicio de legalidad se presenta cuando el juzgador, al apreciar una determinada prueba, le otorga valor probatorio porque considera que cumple los requisitos formales que la ley exige para su validez jurídica, no cumpliéndolos (falso juicio de legalidad positivo), o cuando no le concede valor porque considera que no los reúne, cumpliéndolos (falso juicio de legalidad negativo).*²⁴ [cursivas agregadas].

Y en una decisión más señaló:

En eventos como el planteado por el libelista, tiene dicho la Corte que el juicio de legalidad respecto del proceso de producción de la prueba, dice relación con las normas

.....
22 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 27 de agosto de 1998, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

23 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 14 de septiembre de 1999, Exp. 14736, M. P. Jorge Córdoba Poveda.

24 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 5 de mayo de 2004, Exp. 21429, M. P. Mauro Solarte Portilla.

que regulan sus propios ritos de formación y la manera legítima de incorporarla al proceso, es decir, con el principio de legalidad en materia probatoria y la observancia de los presupuestos y formalidades exigidos para cada medio.

Cuando se alega la ilegal aducción de una prueba al proceso, y como tal es objeto de estimación por parte del juzgador, los vicios que en un momento determinado puedan afectar su validez, no trascienden a la estructura del proceso, ni las irregularidades cometidas en desarrollo de su práctica se comunican a la actuación procesal. *Su sanción es la inexistencia jurídica, lo cual conlleva a que el sentenciador no lo tenga en cuenta, por lo que su postulación, acorde con la técnica casacional, no puede hacerse con fundamento en la causal tercera sino en la primera, cuerpo segundo, por error de derecho por falso juicio de legalidad [énfasis suplido].*

Así, la incorrecta selección de la causal para denunciar el vicio da al traste con la aspiración del demandante, postura equívoca que se patentiza aún más con su petición incoherente de fallo de sustitución, en total desarmonía con el motivo de casación aducido –nulidad–. *Debe recordarse que en el error de derecho por falso juicio de legalidad, lo único ineficaz es el elemento de convicción, del que no dependen los restantes medios aducidos legalmente, ni los demás actos procesales, también legalmente realizados.* En cambio, la nulidad vicia de ilegalidad el proceso y, por lo tanto, la sentencia, trasciende a toda la actuación desde que se presentó la causal, de modo que la única alternativa es invalidar el proceso o, si la nulidad afecta exclusivamente la sentencia impugnada, casar el fallo y dictar el de reemplazo, situación esta última, que al desgaire apenas si enuncia el actor sin fórmula de juicio alguno. [...]

En punto de la trascendencia, será necesario entonces efectuar un nuevo examen integral del acervo probatorio, *excluyendo las pruebas ilegalmente acopiadas*, o ponderando las desestimadas por el sentenciador a pesar de su legal incorporación al proceso, para de esta manera, lograr demostrar la ilegalidad de la sentencia a efecto de que la Corte pueda sustituirla.²⁵ [cursivas agregadas]

Y en un pronunciamiento más reciente señaló:

Pues bien, con referencia a las taxativas causales de casación señaladas en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, se tiene dicho que la del numeral 3º hace alusión a la denominada violación indirecta de la ley sustancial —manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia—. *Sobre el punto, ha dicho la Sala que desconocer las reglas de producción alude a los errores de derecho que se manifiestan por los falsos juicios de legalidad*

.....
25 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 6 de junio de 2006, Exp. 24804, M. P. Sigifredo Espinosa Pérez.

—práctica o incorporación de las pruebas sin observancia de los requisitos contemplados en la ley—, o, excepcionalmente, por falso juicio de convicción, mientras que el desconocimiento de las reglas de apreciación hace referencia a los errores de hecho que surgen a través del falso juicio de identidad-distorsión o alteración de la expresión fáctica del elemento probatorio, del falso juicio de existencia-declarar un hecho probado con base en una prueba inexistente u omitir la apreciación de una allegada de manera válida al proceso —y del falso raciocinio— fijación de premisas ilógicas o irrazonables por desconocimiento de las pautas de la sana crítica.²⁶ [cursivas agregadas]

De acuerdo con lo anterior, es preciso señalar que los errores de derecho que se cometen en la producción de la prueba, tanto por ilicitud como por ilegalidad, llevan a que tales evidencias sean excluidas del conocimiento del juez al momento de adoptar el fallo respectivo.

Oportunidades procesales para solicitar la exclusión de las evidencias ilícitas e ilegales

No obstante que la exclusión se puede proponer en sede de casación por vía del error de derecho por falso juicio de legalidad, la exclusión de evidencias bien sea por ilicitud o por ilegalidad, no solo para demostrar que se desarrolló el principio de interés para recurrir, se debe plantear en las audiencias preliminares, en la preparatoria y en la audiencia del juicio oral.

Así, tratándose de evidencias obtenidas de manera ilícita, el primer escenario para solicitar su exclusión es la audiencia preliminar²⁷ ante el juez con función de control de garantías²⁸, o en su defecto, y entendiendo que esta es la excepción, en la audiencia preparatoria.²⁹

26 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 14 de abril de 2010, Exp. 3691, M. P. Sigifredo Espinosa Pérez.

27 Artículo 153, *noción*: “Las actuaciones, peticiones y decisiones que no deban ordenarse, resolverse o adoptarse en audiencia de formulación de acusación, preparatoria o del juicio oral, se adelantarán, resolverán o decidirán en audiencia preliminar, ante el juez de control de garantías”.

28 Acto Legislativo 03 de 2002, artículo 2: “El artículo 250 de la Constitución Política quedará así: Artículo 250. La Fiscalía General de la Nación está obligada a: [...] En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá: 1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías, las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, *la conservación de la prueba* y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas” [cursivas agregadas; el término correcto es *evidencia*, no *prueba*].

29 Ley 906 de 2004, artículo 360, *prueba ilegal*: “El juez excluirá la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este código”.

•Error de derecho por falso juicio de legalidad: exclusión de evidencias ilícitas e ilegales.

En lo referente a las evidencias que en su formación han desconocido la legalidad, su exclusión debe hacerse en la audiencia preparatoria (artículo 360 del CPP), o en la audiencia del juicio oral, por vía de la oposición (objeción) durante el contrainterrogatorio o el recontrainterrogatorio del testigo de la contraparte con el que se pretende introducir la evidencia³⁰; objeción sobre la cual el juez de conocimiento debe pronunciarse.³¹

Finalmente, la solicitud de exclusión debe hacerse en los alegatos de conclusión.³² Sobre esta petición, el juez de conocimiento debe pronunciarse en el sentido del fallo.³³

30 Ley 906 de 2004, artículo 391, *interrogatorio cruzado del testigo*: “Todo declarante, luego de las formalidades indicadas en el artículo anterior, en primer término será interrogado por la parte que hubiere ofrecido su testimonio como prueba. Este interrogatorio, denominado directo, se limitará a los aspectos principales de la controversia, se referirá a los hechos objeto del juicio o relativos a la credibilidad de otro declarante. No se podrán formular preguntas sugestivas ni se insinuará el sentido de las respuestas. En segundo lugar, si lo desea, la parte distinta a quien solicitó el testimonio, podrá formular preguntas al declarante en forma de contrainterrogatorio que se limitará a los temas abordados en el interrogatorio directo. Quien hubiere intervenido en el interrogatorio directo podrá agotar un turno de preguntas dirigidas a la aclaración de los puntos debatidos en el contrainterrogatorio, el cual se denomina redirecto. En estos eventos deberán seguirse las mismas reglas del directo. Finalmente, el declarante podrá ser nuevamente preguntado por la otra parte, si considera necesario hacer claridad sobre las respuestas dadas en el veredicto y sujeto a las pautas del contrainterrogatorio”.

31 Ley 906 de 2004, artículo 395, *oposiciones durante el interrogatorio*: “La parte que no está interrogando o el Ministerio Público, podrán oponerse a la pregunta del interrogador cuando viole alguna de las reglas anteriores o incurra en alguna de las prohibiciones. *El juez decidirá inmediatamente si la oposición es fundada o infundada.* [cursivas agregadas]

32 Ley 906 de 2004, artículo 443, *turnos para alegar*: “El fiscal expondrá oralmente los argumentos relativos al análisis de la prueba, tipificando de manera circunstanciada la conducta por la cual ha presentado la acusación. A continuación se dará el uso de la palabra al representante legal de las víctimas, si lo hubiere, y al Ministerio Público, en este orden, quienes podrán presentar sus alegatos atinentes a la responsabilidad del acusado. Finalmente, la defensa, si lo considera pertinente, expondrá sus argumentos los cuales podrán ser controvertidos exclusivamente por la Fiscalía. Si esto ocurriera la defensa tendrá derecho de réplica y, en todo caso, dispondrá del último turno de intervención argumentativa. Las réplicas se limitarán a los temas abordados”.

33 Ley 906 de 2004, artículo 446, *contenido*: “La decisión será individualizada frente a cada uno de los enjuiciados y cargos contenidos en la acusación, *y deberá referirse a las solicitudes hechas en los alegatos finales.* El sentido del fallo se dará a conocer de manera oral y pública inmediatamente después del receso previsto en el artículo anterior, y deberá contener el delito por el cual se halla a la persona culpable o inocente”. [cursivas agregadas]